

<論説>担保法に対する信託法理の影響

著者	直井 義典
雑誌名	筑波ロー・ジャーナル
巻	26
ページ	121-140
発行年	2019-06
URL	http://hdl.handle.net/2241/00157657

担保法に対する信託法理の影響

直 井 義 典

はじめに

第1章 フランスの担保フィデューシーと約定担保物権

- 1 設定段階
- 2 設定後債務不履行まで
- 3 債務不履行後

第2章 わが国の信託と約定担保物権

- 1 設定段階
- 2 設定後債務不履行まで
- 3 債務不履行後

おわりに

はじめに

1 平成18年に新信託法が制定され、信託の内容に担保権の設定が含まれることが明確となった（信託法3条1号・2号）。これはセキュリティトラストを定めた規定であるが、それ以外の担保のための信託が禁じられるものではない¹⁾。

もっとも、信託は受託者の利益を図ることだけを目的とすることはできず（信託法2条1項²⁾）、また、受託者が受益者となること自体が禁じられるわけでもない（信託法8条）としても、受託者が受益権の全部を固有財産で有する状態が1年間継続すると信託は終了することとなる（信託法163条2号³⁾）。したがっ

1) 道垣内弘人『信託法』（有斐閣・平成29年）（以下、「道垣内・前掲①」とする）38頁。
セキュリティトラストと担保のための信託とが異なるものであることについては、新井誠編『コンメンタル信託法』（ぎょうせい・平成20年）40頁〔小賀野晶一〕も参照。なお、フランス民法2328-1条もセキュリティトラストの規定であるが、フィデューシーとは無関係であるとされる。

て、被担保債権の債権者が受託者となり、なおかつ唯一の受益者となるような信託は認められない⁴⁾。よって、かつて一部で主張されたように譲渡担保は信託法上の信託そのものであると解するのは、それがあらゆる譲渡担保を信託と構成するものであるとすれば現行信託法の解釈として困難である⁵⁾。

しかし、被担保債権の不履行があるまでの間は、第1受益者を設定者として

-
- 2) 信託の本質に反するから、と説明されるが、信託の本質は何かが問題となってしまう。この点は、財産権が受託者に帰属しているにもかかわらず、信託法が適用されることによって受益者に物権的救済が認められるのは、受託者が純粋な財産権帰属権者としては行動できず、そこからの利益は得られない、ということから正当化されるのであり、受益者が単独で利益を享受する場合には、信託法の定める効果を与えることが正当化できる実質がないからだと説明される（道垣内弘人「信託の設定または信託の存在認定」道垣内弘人ほか編『信託取引と民法法理』（有斐閣・平成15年）19-20頁）。
 - 3) 同号の趣旨は、受託者が受益権の全部を固有財産で有している状態になると、結局、自分の財産の一部を自分自身の一定の目的のために取り分けているというだけであり、信託財産の独立性を正当化できなくなるという点（道垣内・前掲①405頁）、あるいは、受益者と受託者が一致する場合には受益者の義務遂行の実効性確保に困難があること、義務に対応する権利主体あるいは義務を負う対応主体が義務者と同一主体であることにより技術的な困難がある点（道垣内弘人編著『条解信託法』（弘文堂・平成29年）（以下、「道垣内・前掲②」とする）681-682頁〔沖野眞巳〕）に求められる。
 - 4) 被担保債権の弁済期が1年以内に到来するのであれば信託が有効となるのではないかとの疑問も生じ得る。しかし、道垣内・前掲②20頁〔道垣内弘人〕は、「受託権の譲渡は予定されておらず、信託の存続期間が1年に限られるけれども、その全期間にわたって受託者自身の利益を図るための信託」、「受託者を単独の受益者とする信託を1年ごとに更新する仕組み」は「専らその者の利益を図る目的のもの」に当たるからその信託は成立しないと考えるべきだとする。また、道垣内・前掲②683頁〔沖野眞巳〕もこうした信託は信託法8条違反あるいは同法163条2号の潜脱・脱法であるから無効であるとする。
 - 5) 譲渡担保についての信託的譲渡説には本文で触れた見解のほか、譲渡担保権者が目的物について完全な所有権を有し、譲渡担保権者は設定者との関係で目的物の所有権を担保目的以外に行使しないという債権的拘束を負うに過ぎない、これを設定者から譲渡担保権者に目的物の信託的譲渡がなされていると表現する見解がある。後者は、譲渡担保を信託法上の信託そのものと主張するわけではないから、信託法の文言に抵触するわけではない。しかし、譲渡担保においては譲渡担保権者はもっぱら自己の債権担保の目的で目的財産の管理・処分権限を有するのに対し、信託においては受託者は受益者のために管理・処分権限を行使する点で異なる。以上につき、道垣内・前掲②25頁〔道垣内〕。

おき、信託財産から生じる賃料を交付するが、被担保債権の不履行があった時には、被担保債権の債権者が第2受益者となるという仕組みは認められる⁶⁾。この場合において、受託者と委託者が同一人であることに支障はない。譲渡担保においても、被担保債権の不履行があるまでの間は設定者に目的物の収益権限を与え、債務不履行があればその収益権限が失われるものと定めることによって、これと同様の効果を得ることができる。

そうだとすると、すべての譲渡担保を信託だと構成することはできないが、債務者（あるいは担保目的物の提供者）と担保権者との間では、譲渡担保の設定と担保のための信託の利用という2つの手段を選択する余地が認められうることとなる⁷⁾。ここで問題となるのは、譲渡担保と信託の2つの手段の間に要件・効果の点で何らかの差異があるのかという点である。当事者がいずれの担保手段をも自由に選択できる以上、差異がある場合にはとりわけ担保権者にとって好都合な方の制度を利用する傾向が生まれることとなる。このことは、かつて不動産譲渡担保について清算金の支払義務が明確になっていなかったために譲渡担保が広く用いられたことから想像がつく。このように担保手段の選択を担保権者のイニシアチブに委ねることは債務者が不合理な契約内容を押し付けられることにつながることから、担保手段間の差異を明確にし、必要があればそうした差異をなくしておく必要があるものと解される⁸⁾。

こうした考え方は目新しいものではない。従来から、譲渡担保の法律関係に信託法の規定を類推適用すべきとの見解が存する⁹⁾。もっとも、譲渡担保に対して「信託法の類推適用の必要性は減少している」と指摘されているが、それ

6) 道垣内弘人「譲渡担保と信託」トラスト未来フォーラム『信託の理念と活用』（トラスト未来フォーラム・平成27年）63頁。ただし、受託者と受益者が別に存在する場合の記述である。

7) 不動産についてはさらに抵当権設定や質権設定も可能であり、動産については動産質を利用することも可能である（ただし、動産質の場合は占有を質権者に移転しなければならないから、担保目的物の使用を継続したいという設定者のニーズにかなわないことが譲渡担保の発達を促したことは言うまでもない）。その意味では2つの手段とするのは正確ではない。

は、「判例・学説は、譲渡担保に関し、担保目的の範囲における所有権の移転という構成によって、法律関係を定めるに至っている」ことを理由とするものである¹⁰⁾。これは、民法典に定めのある担保法理から譲渡担保法理が形成されていることを意味する。しかしながら、信託法理の側から譲渡担保法理を再考してみることで自体が否定されるというものではないだろう¹¹⁾。

2 そこで本稿では、譲渡担保法理と担保のための信託の法理との差異について、いくつかの問題点を取り上げて検討することとする¹²⁾。具体的には、設定段階では設定・公示の方法、後順位担保設定の可否、被担保債権の範囲の問題、設定後債務不履行までの段階では担保目的物の変動の問題、債務不履行後の清算金支払い、実行方法の問題である。倒産手続との関係も重要な問題であり、現にフランスでは担保フィデュシーの効力が約定担保物権に比べて強すぎる点

8) 倒産局面に限定した記述ではあるが、沖野眞巳「委託者の倒産における担保目的の信託の処遇」能見善久編『信託の実務と理論』（有斐閣・平成21年）39頁も、「譲渡担保と極めて類似性の高い取決めを、信託という法形式さえ利用すれば、委託者Sの倒産手続における処遇は全く異なると考えることは、倒産法における志向には合致しないように思われる。」とする。

9) 四宮和夫『信託法 新版』（有斐閣・平成元年）10頁は、信託財産の独立性や受託者の不法処分の際しての受益者の追及権などは、担保権としての性質を没却しない限り類推適用すべきとする。また、新井編・前掲56頁〔小賀野〕も、一定の財産管理を必要とする類型の譲渡担保においては、信託法理が意義を持つとする。

すでにわが国では仮登記担保・譲渡担保について担保権者に清算金の支払いを義務づけることで、担保権実行による競売の場合と同様の帰結を導くというように、担保法理の内部での均質化もなされている。

10) 道垣内・前掲②26頁〔道垣内〕。

11) なお、道垣内・前掲②26頁〔道垣内〕は「信託であるとされても、それが担保目的のものであれば、担保として律せられるべきことになる」としており、担保のための信託に関しては信託法理と担保法理とが近接すべきことを指摘する。また、鈴木秀昭「担保目的の信託」能見編・前掲26頁も、債務が弁済されるまでは財産を処分できないという意味での補充性と受戻権が認められている信託については、譲渡担保の議論と同様に担保として扱われることとなると考えられるとする。

12) 譲渡担保と信託とを対比するものとして、すでに、シンポジウム「新信託法とその利用－担保的利用を中心に」能見善久「総論」金融法研究24号（平成20年）34頁以下がある。

が問題となったが、すでに議論が存する¹³⁾ことから本稿では扱わない。

以下、第1章でフランスにおける担保フィデュシーと民法典上の担保物権である質権・抵当権の差異について概観した後、第2章でわが国における担保のための信託と譲渡担保の差異について検討を加える。

譲渡担保立法とも評される¹⁴⁾フランスの担保フィデュシーにおいては、受託者と受益者が同一人であることが認められており（フランス民法2016条）、また、所有権の分属も排除されている。その意味で担保フィデュシーの規律そのものをわが国の譲渡担保の解釈にそのまま用いることは許されない。その意味で、フランスの担保フィデュシーと約定担保物権、わが国の信託と譲渡担保を対比しようというのであれば、全く別のものを対比しているのであって不適切であるという批判を免れない。

しかしながら、フランスの担保フィデュシー立法から示唆が得られないわけではない。後述するように、約定担保物権の規律と担保フィデュシーの規律は相互に影響を及ぼしあっている¹⁵⁾。本稿での検討対象外ではあるが、債務者の倒産局面における担保フィデュシーの効力については、「フランス倒産法は非占有担保信託の効力を弱める規律を導入しており、結果として非占有担保信託の倒産法上の効力は質権のそれに近いものとなっている¹⁶⁾」との指摘がなされているところである。こうした担保法理とフィデュシー法理の影響関係が、わ

13) 鈴木・前掲26頁、沖野・前掲29頁以下。

14) 小梁吉章『フランス信託法』（信山社・平成23年）8頁は、フィデュシーでは受託者が受益者を兼ねる形が中心を占めると予想され、譲渡担保と同様の機能を果たすことが期待されるとする。また、同書69頁は、受益者の有する権限の相異に着目して、フィデュシーでは受託者が受益者となる担保目的フィデュシーを中心とする（＝受託者を管理・監督する必要性が高くない）のに対して、わが国では合同運用金銭信託のように委託者が受益者を兼ねる構成を中心としていることをその原因と考えている。

また、小梁・前掲84頁は、当初3件のフィデュシーはすべて担保目的であったとしてそれぞれの内容を紹介している。

15) フィデュシーの実行について説明する L. Aynès=P. Crocq, *Droit des sûretés*, 10^e éd., 2016, n°790のタイトルは「質権・抵当権の実行について適用される法的ルールへの同調」とされている。

が国における信託法理と担保法理の関係に示唆を与える部分があるのではないかと考えるのである。

第1章 フランスの担保フィデューシーと約定担保物権

以下、1では設定段階の問題、2では設定後債務不履行までの問題、3では債務不履行後の問題について検討する。

1 設定段階

(1) まず設定方法から検討する。

フィデューシーは法律または設定者と受託者の間の契約によって設定される（2012条1項）¹⁷⁾。また、それは明示的になされなければならない（2012条1項）から、黙示の契約によるフィデューシー設定は認められない。

フィデューシー契約の有効要件は詳細に定められている¹⁸⁾。2018条は契約で定めるべき事項を列挙しており、ここに列挙された事項の一部でも欠くと無効となる。また、フィデューシー契約またはその修正は、契約又は修正の日から1か月以内に税務署に登録されなければ無効とされる（2019条1項）。もっとも、この登録は公示を目的とするものではないことから、対抗要件としての機能を有しない。なぜなら、この登録は脱税やマネーロンダリングを防止することが目的であり、公的機関しかアクセスできないからである¹⁹⁾。2020条はフィデューシーの全国原簿の作成について定める。

フィデューシー契約が書面によることを要求する規定はない²⁰⁾が、2018条に

16) 白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在」比較法学46巻2号（平成24年）82頁。

17) 中原太郎「フランス民法典における「信託」について」水野紀子編著『信託の理論と現代的展開』（商事法務・平成26年）295頁にあるように、中心は契約によるものである。

18) 担保フィデューシーについて、Aynès=Crocq, op.cit., p.444.

19) 白石・前掲78-79頁。

20) ただし、フィデューシー財産が夫婦共通財産や不分割財産である場合には公正証書が要求される（2012条2項）。

列記された事項を明示するためには書面作成が合理的であり、また、全国原簿は書面でなされることから²¹⁾、フィデュシー契約は要式契約であるとされる²²⁾。約定担保物権においては書面の作成が要求されている²³⁾ことから、この点ではフィデュシーと約定担保物権は、結論として同一の規律に従うこととなる。

担保フィデュシーの公示方法については、十分な規定が置かれていない²⁴⁾。とりわけ、動産をフィデュシー財産とする場合には、公示を全く欠く。不動産または不動産に関する物権がフィデュシー財産となる場合は、一般租税法典が定める要件に従って公示がなされる（2019条2項）。債権については、譲渡人または受託者による債務者に対する通知が債務者対抗要件であり、また、債権譲渡を確認するフィデュシー契約またはその修正の日付において第三者に対抗可能となる（2018-2条）。いずれについても、フィデュシー特有の公示方法があるわけではない。動産について公示を欠く点につき、有体動産の質入れの場合は2338条が特別の登録簿への登録による公示の仕組みを取り入れている²⁵⁾ことを指摘して遺憾であるとする者が見られる²⁶⁾。この点においては、質権とフィデュシーとに差異が見られる。それと同時に、こうした差異がある点が批

21) 中原・前掲297頁。

22) Pellier, *Regard sur la fiducie-sûreté*, *Les Petites Affiches*, n°58, 2007, n°9.

23) 有体動産質に関する2336条、債権質に関する2356条、担保のための所有権留保に関する2368条、不動産質権に関する2388条1項、抵当権に関する2416条。

24) Aynès=Crocq, *op.cit.*, p.444; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 11^eéd., 2016, n°771.

25) 有体動産質権の公示方法として、2337条2項はこのほかに、目的財産の債務者または合意された第三者への引渡しを定める。フィデュシーにおいてもこうした方法をとることは可能であると考えられるが、目的財産の占有を設定者に留めることに意義が見いだされるのであるから、引渡しによる公示には実効性がない。

26) Pellier, *op.cit.*, n°9.

Aynès=Crocq, *op.cit.*, n°784もまた、フィデュシー財産が2276条によって即時取得される可能性があるから、有体動産については占有非移転型担保フィデュシーに十分な安全性が与えられていないこととなる。有体動産については、占有移転型フィデュシーのみが実務的には考えられることとする。

判的にとらえられていることにも着目しておきたい。

(2) フィデューシーの対象は、「現在または将来の、財産、権利もしくは担保、あるいは財産、権利もしくは担保の集合」である（2011条）。このようにあらゆる積極財産がフィデューシーの対象となる。

ただし、所有者の意思のみによってフィデューシー財産となしうるわけではない財産もある。フィデューシーの設定者が無能力者である場合²⁷⁾ならびにフィデューシー財産が夫婦共通財産の場合²⁸⁾である²⁹⁾。

約定担保物権の対象も、有体動産質権に関する2333条1項と無体動産質権に関する2355条1項とによって、現在または将来の動産の単体あるいは集合とされている。あらゆる動産が質権の対象となるものと評価できるから、動産に関する限りでは約定担保物権と担保フィデューシーの間に差異はない³⁰⁾。

約定担保物権の設定者が無能力者である場合に関し、408条3項は、「後見人は未成年者の財産を、第12章の規定に従って管理する」としており一律に担保権の設定を禁じるわけではない。被保佐人は保佐人の補助なしには財産の使用ができないとする468条2項はフィデューシーの場合と類似する。夫婦財産については、1424条2項に見るように、フィデューシーの場合の方が、1424条1

27) 未成年者の財産はフィデューシー財産となし得ないとする408-1条、フィデューシーの受託者は設定者の後見人・保佐人たりえないとする445条3項、被保佐人がフィデューシー契約を締結するには保佐人による補助を要するとする468条2項、後見人は成年被後見人の財産をフィデューシー財産とすることができないとする509条5号。

28) 1424条「② 同様に、夫婦の一方は、配偶者の同意なしには、夫婦共通財産をフィデューシー財産として譲渡することができない。」

29) いずれも、2008年に設定者の制限（旧2014条）が撤廃されて自然人もフィデューシーの設定者となれるようになったことに伴う補足規定である。Aynès=Crocq, op.cit., n°778は、自然人が当初はフィデューシー設定者から除外された理由の1つに設定者たる自然人を保護するための規定が担保フィデューシーによって変質されるのを防ぐことにあった点を指摘し、こうした考慮が2008年の法律による補足規定によって維持されたことを評価する。

30) これに対して、不動産については、抵当権が現在の不動産にのみ設定可能である（2419条）点の問題となる。これは担保目的の特定性の原則に起因するものであるが、将来取得する不動産をフィデューシーの目的とできるのかは明らかでない。

項³¹⁾で列記された物についてのみ他方配偶者の同意を要求する担保物権設定の場合よりも他方配偶者の同意が広く要求されている。この差異については特段の議論がないようである。

(3) 後順位フィデュシーの設定は考えられるか。これについては、2372-5条第2項・2488-5条第2項が定める。すなわち、フィデュシーの設定者は、当初の債権者が弁済を受けていなくても、当初の債権者のみならず新たな債権者のために、フィデュシー財産の所有権を担保に供することができるものとされる。また、設定者が自然人である場合は、新たな債務の担保に割り当てられるのは、再充填日における評価額の限度とされる。これらの規定は2009年の改正で担保フィデュシーの規定が追加された際に制定されたものである。

それ以前には、フィデュシーのような所有権を利用した担保によって、貸金債権者など他の債権者の利益が害され、債務者への信用供与が1回なされるのみとなってしまう³²⁾との指摘がなされていた。これはすなわち、フィデュシーが設定されることでフィデュシー財産の担保価値がすべて受託者によって把握されてしまうことを意味する³³⁾。貸金債権者というフィデュシーの活用が現実には考え難い例が挙げられていることから、直接に後順位フィデュシー設定の可否を問題としていたものとは言えない。しかしながら、担保価値がフィデュシー受託者に独占されることの問題点を指摘することから、後順位フィデュシーの設定は認められないものと解されていたと評価しうる。この点で約定担保物権とは異なっていたのであるが、2009年の改正によって約定担保物権と同様に後順位フィデュシーが設定できることとなった³⁴⁾。

31) 「① 夫婦の一方は、配偶者の同意なしには、共通財産に属する不動産、営業財産及び経営ならびに取引することのできない組合上の権利及びその譲渡が公示に服する有体動産を譲渡し、又は物権を設定することができない。夫婦の一方は、この同意なしには、そのような取引に由来する元本を収取することができない。」

32) Roussel, *Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sens du droit des sûretés, Droit & Patrimoine*, n°176, 2008, p.31.

33) Roussel, *op.cit.*, p.31. そこでは、倒産手続費用すら出せないことが多いというドイツの状況が指摘されていた。

2 設定後債務不履行まで

フィデュシー財産はその継続中に変動することがありうる。このうち、入れ替わりについては「物的代位（subrogation réelle）とも評することができる」³⁵⁾ともされる。しかし、物的代位においては被代位物の喪失と代位物の取得との間に牽連性が要求されることから、ここではフィデュシー財産に新たな財産が付け加わる場合の説明ができない。論者も指摘するように³⁶⁾、むしろ、資産（patrimoine）を構成する財産の考え方によるものと言うべきである。

フィデュシーの計算で行為する場合には、その旨を明示しなければならない（2021条1項）。しかし、フィデュシー財産の変動に際して他に特段の要件が課されているわけではない。

約定担保物権においても目的物の変動にあたり特段の要件は課されていない³⁷⁾。

3 債務不履行後

(1) フィデュシーの実行にあたっては、鑑定人によるフィデュシー財産の価額が決定されなければならないとされる（2372-3条3項・2488-3条3項）。また、

34) ただし、相違点が全くなくなったというわけではない。前述のように充填型の担保フィデュシーにおいては新たな債務の担保に割り当てられるのは再充填日の評価額の限度であるのに対して、充填型抵当の場合にはこうした制約はない。他方、充填型抵当の場合には当初公正証書に記載された額を超えて担保の供与をなし得ない（2422条2項）のに対して、充填型の担保フィデュシーにはこうした制約はない。ちなみに、これらの相違点を指摘する Legeais, *op.cit.*, n°785はこうした相異が生じる理由を特に説明しておらず、相異の存在に対して否定的でもない。

35) 原恵美「担保目的の信託」池田真朗・中島弘雅・森田修編『動産債権担保』（商事法務・平成27年）195頁。

36) 原・前掲211頁。

37) 集合物に質権を設定した場合における目的物変動と物的代位論との関係については、直井義典「集合物の担保化における物的代位論の役割」筑波ロー・ジャーナル24号（平成30年）59頁以下で論じた。

この鑑定価額が未払いの被担保債権額を超過するときには清算金を支払うべきことも認められた。いずれも当初規定にはなく、2009年の改正の際に追加されたものである。エネス＝クロックによれば、これらの規定が当初規定に欠けていたことは驚くべきこととされる³⁸⁾。鑑定価額によるべきことが強行規定であることは明記されているが、清算金不払い条項の効力については定めがない。この点、質権の場合と同様、明らかに過度なものについては裁判所によって改訂されうることとなるとされる³⁹⁾。質権の規律に依拠していることが注目される。

(2) 被担保債権が弁済されず、かつフィデュシー契約に反対の約定がない場合のフィデュシーの実行については、以下のように定められる。第1に、債権者と受託者とが合意する場合、債権者にはフィデュシー財産の自由処分権が認められる(2372-3条第1項・2488-3条第1項)⁴⁰⁾。これは、所有権留保に関する2371条1項にヒントを得たものとされる⁴¹⁾。ただし、2371条と異なり、2372-3条・2488-3条では、フィデュシー契約に反対の約定がない限りといった留保が付されている。こうした留保が付された理由は明確ではないが、充填型の担保フィデュシーの場合において、債務不履行があった被担保債務そのものの債権者のほかにも受託者たる債権者がいる場合に、これらの者の関係を定めるといふ利益が考えられるとされる⁴²⁾。第2に、受託者が債権者以外の者である場合、すなわち債権者がもっぱら受益者である場合には、債権者は受託者に対してフィデュシー財産の引渡しを求めることができ、債権者は引渡しを受けた

38) Aynès = Crocq, op.cit., n°788.

39) Aynès = Crocq, op.cit., n°790.

40) フィデュシー財産の所有権はすでに債権者に付与されているので、実行段階では所有権移転は生じない。

41) Aynès = Crocq, op.cit., n°789.

42) Aynès = Crocq, op.cit., n°789. エネス＝クロックは、債権者にただフィデュシー財産の所有者に止まるのではなくその売却権原を与えるという点にこの留保の目的を見出す見解に対しては、売却のために自由な処分権原が要求される以上、フィデュシー契約で債権者に自由な処分権限を与えないという反対の約定をしてしまっておかしいとする。

フィデューシー財産の自由な処分権限を得る。あるいは、フィデューシー契約に定めがある限り、債権者は受託者に対しフィデューシー財産の売却と代金の引渡しを求めることができる（2372-3条第2項・2488-3条第2項）。いずれの場合においても、被担保債権の弁済期到来によって債権者の意思に関わりなくフィデューシー財産が債権者の固有の所有物となるわけではない。流担保が認められる^{43,44)}もの、流担保とすることが強制されるわけではないという意味では、約定担保物権と同様であるとされる⁴⁵⁾。

なお、流質は2006年の担保法改正までは禁止されていた（旧2078条2項）。しかし、改正以前にすでに、鑑定人による適正な価額評価がなされるのであれば流質を禁止する必然性はないと主張され、現に判例も流抵当や質権設定後の流質合意は認めていた。さらに、流質禁止は極めて限定的に解すべきとする理由の中で、担保フィデューシーにおいて流担保が問題とならないことに言及する学説も存在していた⁴⁶⁾。ここでは、流質の認容に当たってフィデューシー法理が参照されており、フィデューシー法理から法定担保法理への影響関係が見られる。

(3) 自然人たる設定者の死亡はフィデューシーの終了事由であり（2029条1項）、

43) 流質契約は2006年の担保法改正までは旧2078条2項によって禁止されていたが、現在は有体動産質権については2348条1項、無体倒産質権については2365条1項によって認められている。詳細については、直井義典「フランスにおける動産質権の実行」筑波ロー・ジャーナル19号（平成27年）44-58頁参照。流抵当も2459条・2460条で認められている。

所有権留保の場合は、本文前掲のとおり2371条1項によって目的物の財産処分権回復のための取戻が認められており、フィデューシーが実行方法に関してこの規定を参照しているという関係に立つ。

44) 流担保の禁止が担保としての所有権を否定する要因として働いていたことについては、中原・前掲340頁以下。

45) Aynès=Crocq, op.cit., n°789.

46) L. Aynès, Droit civil, sûretés, publicité foncière, 9^eéd., 1998, n°516. ちなみに、この記述はAynès=Crocq, op.cit., n°515にも残存している。

また、フィデューシー導入以前の著作であるが、フィデューシーが流質禁止を潜脱することになることからフィデューシーがかつては認められなかったとするD. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 5^eéd., 2006, n°738においても、フィデューシー法理と約定担保法理との相違が意識されていた。

この場合、フィデューシー財産は当然に相続財産に復帰するものとされる。しかしこれは管理目的フィデューシーならばともかく、担保フィデューシーの場合には、設定した担保が失われることを意味することから、適切ではないことは明らかである⁴⁷⁾。そこで2009年に、担保目的フィデューシーについては、自然人たる設定者の死亡により終了しない旨の定めが置かれた（2372-1条2項・2488-1条2項）。この点も、約定担保物権と同様である。

第2章 わが国の信託と約定担保物権

本章においても第1章と同様に、以下、1では設定段階の問題、2では設定後債務不履行までの問題、3では債務不履行後の問題について検討する。

1 設定段階

(1) 信託の場合、契約・遺言によって担保のための信託を設定できることについては明文規定がある（信託法3条1号・2号）。

さらに信託宣言（信託法3条3号）によって自己信託の方法で担保のための信託を設定することが許されるのかについては明文規定がない。自己信託においては委託者と受託者とが同一人に帰属するのであるが、委託者兼受託者が債権者を受益者とする担保のための信託を成立させる余地はあるだろう⁴⁸⁾。

譲渡担保が契約によって設定できることは言うまでもない。これに対して遺言による譲渡担保設定の可否については明らかではない。抵当権については、信託法3条により遺言により抵当権を設定しそれを信託財産にすることは可能であることとされたにもかかわらず、遺言によっては抵当権の設定は許されないとすると不均衡な事態になることを理由として、遺言によって抵当権を設定的に処分することも許されると考えざるを得ないとされる⁴⁹⁾。質権についても

47) Aynès = Crocq, op.cit., n°778.

48) 道垣内・前掲②36-37頁〔道垣内〕。

49) 沖野眞己「信託法と相続法」水野紀子編『相続法の立法的課題』（有斐閣・平成28年）37-44頁、道垣内・前掲②39頁〔道垣内〕。

遺言による設定は認められるものと解される⁵⁰⁾。

信託宣言にあたる方法による譲渡担保権設定を認める規定は存しないから、これは否定される。

(2) 金銭に見積もりうる積極財産であれば、信託の目的財産となるが、移転のできない権利は信託財産とはなりえない⁵¹⁾。譲渡担保においても同様である。

また、制限行為能力者の有する財産については、信託財産とする場合と譲渡担保の目的とする場合とで取り立てて差異はない。さらに、夫婦財産についても規律を欠くことから差異はない。

(3) 後順位譲渡担保権の設定について判例⁵²⁾は、設定自体は可能だが後順位譲渡担保権者による私的実行はできないとする。その理由は、「劣後する譲渡担保に独自の私的実行の権限を認めた場合、配当の手続が整備されている民事執行法上の執行手続が行われる場合と異なり、先行する譲渡担保権者には優先権を行使する機会が与えられず、その譲渡担保は有名無実のものとなりかねない」ことに求められている⁵³⁾。

信託の場合も譲渡担保と同様に後順位信託というものを設定することはできるのか。受託者が有している権利が譲渡担保に限られるというのであれば、それは可能であると言うべきだろう。これに対して、受託者が信託財産の完全な所有権を有している場合、設定者の下には当該信託財産に関していかなる権利も残存しておらず設定者の責任財産からは完全に離脱したこととなるから、後順位信託の設定可能性はないものと言わざるを得ない。

また、信託の場合は受益権の階層化が可能であるから、1つの信託の中で被担保債権を異にする複数の担保を設定することも可能である⁵⁴⁾。

50) この点はすでに直井義典「遺言による質権の設定について」筑波ロー・ジャーナル20号（平成28年）149頁以下で論じた。

51) 道垣内・前掲②30頁〔道垣内〕。

52) 最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁。

53) もっとも、こうした帰結が論理必然的なものではないことは、フランスにおいて後順位質権者が質物を自己に帰属させる方法によって質権を実行することが許されている点から明らかである。白石・前掲62頁参照。

2 設定後債務不履行まで

譲渡担保権に基づく物上代位の可否については、譲渡担保権が債権担保を目的とするものであるのだから304条が類推適用され、物上代位が認められるとするのが通説である⁵⁵⁾。また、判例は直接に差押えを要件として挙げるものはないが、譲渡担保権者によって差押えがなされたケースにおいて物上代位の可否を検討している⁵⁶⁾。

これに対して、譲渡担保権が実質的には担保であっても、所有権の移転という当事者のとった法形式以上の権利を認める必要はないとして、不動産・個別財産の譲渡担保に基づく売買代金債権に対する物上代位権行使を否定する見解も見られる。この論者によれば、自己の所有物を第三者により不当処分された時の所有者の権利がいかなるものであるのかを再考しなければならないのであり、そうした権利の内容として、所有物の価値代替物に対する所有者の優先権が認められる可能性はあるとされる⁵⁷⁾。また、損害保険金や損害賠償請求権に対する譲渡担保権の効力の問題についても、それらの帰属権者の問題として考えるべきだとされる⁵⁸⁾。

信託の場合はどうか。代位財産は信託法16条1号によって信託財産を構成するものとされる。しかし、同号の対象には代位財産だけではなく、信託財産に対する贈与によって受託者が無償で取得した財産や、受託者が信託財産を引き当てとして借り入れた金銭も含まれる⁵⁹⁾。したがって、信託法16条1号は

54) もっともこの場合信託は1つであるから、後順位受益権は信託設定と同時に成立するか、あるいは信託の変更手続き（信託法149条1項）を通じて成立することとなる。

55) 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店・昭和43年）621頁。

56) 売買代金債権の差押えに関する最判平成11年5月17日民集53巻5号863頁、共済金請求権の差押えに関する最判平成22年12月2日民集64巻8号1990頁、転売代金債権の差押えに関する最判平成29年5月10日民集71巻5号789頁。

57) 道垣内弘人『担保物権法 第4版』（有斐閣・平成29年）（以下、「道垣内・前掲③」とする）315頁。

58) 道垣内・前掲③315-316頁、346頁。

民法304条と全く同じ意味での物上代位規定というわけではない。

それでは、代位財産を信託財産に帰属させるためには何らかの手續を要するのか。これについては特に規定はなく、「信託財産に属する財産の管理、処分、滅失、損傷その他の事由により受託者が得た財産」であることが明らかにできれば、信託財産に帰属するものと考えられる。あとは、信託財産であることの第三者対抗要件の問題（信託法14条）が残るのみである。

このように、通説的見解によれば、代位財産担保の効力を及ぼすためには、譲渡担保においては差押えが要求されるのに対して、信託においては差押えが要求されないこととなり、譲渡担保と信託とで扱いが異なることとなる。

これに対して譲渡担保について所有権移転という形式を重視する見解によれば、所有権の効力が代位財産に及ぶか否かの問題であるから、効力を及ぼすための要件としての差押は要求されないこととなりそうである。そうすると、信託の場合との齟齬はないことになる。

ところが、この見解に立った場合であっても、問題がないわけではない。

譲渡担保権の設定者のみが保険契約を締結した場合、譲渡担保権者はこの保険契約に基づいて支払われる保険金に対して譲渡担保権の効力が及ぶものと主張することはできるのか。この問題は、譲渡担保の目的物についての被保険利益の問題と関わる。譲渡担保権者は被担保債権額の範囲でのみ被保険利益を有し、設定者は設定者留保権の範囲でのみ被保険利益を有するものと解することはできなくはない⁶⁰⁾。そうだとすれば、設定者留保権には譲渡担保権の効力が

59) 道垣内・前掲②87頁〔角紀代恵〕。

60) なお、最判平成5年2月26日は民集47巻2号1653頁は、譲渡担保設定者が保険契約を締結した事例であるが、被保険利益があることは認めるもののその範囲については明言していない。しかし、譲渡担保権者と譲渡担保設定者の双方が別個に同一の目的不動産について損害保険契約を締結し、その保険金額の合計額が保険価額を超過する場合、この2つの保険は被保険者を異にするから重複保険ではないとしつつも、両者が有する被保険利益はいずれも同じ対象物件に係るものであるから、同一の目的について重複して保険契約が締結された場合と同様の状態が現出することは否定することができないとしているから、本文で述べたような形で被保険利益を分割する考え方には立っていないと思われる。

及ばないのであるから、設定者の取得する保険金に対して譲渡担保の効力を及ぼすことはできないこととなる。しかし、被担保債権が弁済されると譲渡担保権が消滅することとなるが、その時点で設定者の被保険利益が拡大されるということになるのだろうか。これを認めると、保険契約の存続中にその内容を変更しなければならなくなるのでこの見解は適当ではないだろう。譲渡担保権者と設定者の双方が所有者利益を有するとの見解も成り立ち、これを支持する学説が多い⁶¹⁾。しかしながら、抵当権の場合には、設定者には所有者利益が認められるのに対して、抵当権者には所有者利益が認められていないことに鑑みると、譲渡担保権者に所有者利益を付与するのは過大であると考えられる⁶²⁾。したがって、抵当権の場合と同様に、譲渡担保権者には担保権者としての被保険利益しか認めず、設定者に所有者利益を認めるべきである^{63,64)}。その結果、設定者の取得する保険金請求権に対して譲渡担保権者が物上代位権を行使する余地があることとなる⁶⁵⁾。

次に、この場合における物上代位権行使の要件を明らかにしなければならない。保険金請求権を有するのは設定者であるから、譲渡担保権の効力を及ぼす

61) 潘阿憲『保険法概説 第2版』（中央経済社・平成30年）65頁。

62) 譲渡担保権者と設定者の双方に所有者利益を認めつつ、双方が別個に保険契約を締結した場合に生じる問題点については、潘・前掲65頁。

63) 山下友信『保険法（上）』（有斐閣・平成30年）315頁。

64) 本稿での論述にあたっては、設定者に所有者利益があることのみが論証されていれば足りるので、譲渡担保権者の有する被保険利益の内容については詳細な検討は加えていない。

65) ただ、論者は、前掲最判平成5年2月26日を、譲渡担保権者と設定者の双方がそれぞれに損害賠償請求権を有するという考え方に親和的な判決であると評している（道垣内・前掲③316頁）。設定者のみが保険契約を締結していた場合、譲渡担保権者は自己の有する被保険利益に基づく保険契約を締結しなかったということであるから、設定者の取得する保険金請求権に譲渡担保権の効力を及ぼすことは許されないと解するのかもしれない。もっとも、こうした考え方は抵当権の場合とは大きく異なるものであるが、譲渡担保では担保目的物の所有権が移転しているが抵当権の場合はそうではないことに着目すれば、説明がつかないわけではない。しかし、このように解すると設定者の有する所有者利益とは何か問題となってしまうように思われる。

のであれば、差押えを要するものと解したい。この結論は、一見すると、信託の場合との齟齬を来しているようにも思われる。しかしながら、信託財産の所有権が受託者に完全に移転し、受益権が担保権に止まるという場合には、設定者にはもはや被保険利益はないものと言わざるを得ない。したがって物上代位の余地はない。また、譲渡担保権のみが信託財産である場合、信託設定者は設定者留保権に基づき保険契約を締結することができる⁶⁶⁾。しかし、この保険契約に基づいて支払われることとなる保険金は設定者が取得するものであるから、「受託者が得た財産」（信託法16条1号）とはならない。したがって、この保険金を信託財産に組み入れるためには受託者が物上代位権を行使することによって「受託者が得た財産」とする必要がある。以上のように考えれば、物上代位の場合と信託の場合とは同様の処理がなされることとなる。

3 債務不履行後

(1) 譲渡担保においては、清算金支払義務が判例によって認められている⁶⁷⁾。

信託の場合、担保目的であることが譲渡担保の場合以上に明確であるから、担保権者は未払い債務の範囲でのみ信託財産から給付を受けることができることとなる。残額の処理については、設定者を受益者に加えることで対処することが考えられる。また、設定者を受益者に加えなかった場合でも、委託者が残余財産帰属者として扱われる（信託法182条2項）場合が多いであろう。

残余財産をすべて担保権者に帰属させるような定めが許されるのかは明らかではない。信託の場合、信託の目的を明らかにすることが要求されるため、担保目的であることは譲渡担保の場合に比しても明らかなものと考えられる。そのため、担保法理に基づいて清算金の支払を回避するような定めが許されなくなるものと解する。

(2) 担保のための信託の実行方法は信託設定時の定めによるものと解され、受

66) 譲渡担保の場合との整合性を図るのであれば、むしろ信託設定者には所有者利益があるというべきかもしれない。

67) 最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁。

益者に信託財産を帰属させる方法と、受託者が信託財産を処分して未払債務相当額を受益者に引き渡す方法とが考えられる。これらの方法は、譲渡担保における帰属清算型と処分清算型に対応するものであり、信託の場合にのみ認められるような実行方法は想定しがたい。

(3) 委託者の死亡は信託の終了原因とはされていない（信託法 163 条参照）。この点、譲渡担保権の場合も同様である。

おわりに

フランスではフィデューシー立法にあたり約定担保物権の法理との相違は相当に意識されており、立法後の修正に当たっても約定担保法理との均質化が図られている。また、流質の認容に見られるようにフィデューシー法理が約定担保法理に影響を与えた場面も見られる。さらに、フィデューシー法理と約定担保法理との間に差異がある場合については、差異があること自体を不当とする見解が目につく。

わが国においても民法上の約定担保物権の法理と譲渡担保法理との間に影響関係があることは同様である。しかしながら、わが国においては法文がないところでの解釈論として譲渡担保法理を打ち立てる必要があったため、民法上の約定担保物権の法理が譲渡担保法理の形成に寄与する方向での一方的な影響関係に止まっている。他方、信託法理と譲渡担保法理の関係であるが、譲渡担保を信託的譲渡と構成することにより信託法理を譲渡担保法理の形成に役立てようとする試みはなされていたが、一般論に止まっていたために、民法上の約定担保法理が譲渡担保法理に導入されると、こうした試みは目立たないものとなってしまった。しかしながら、遺言による担保権の設定におけるように、信託法理が担保法理に具体的な影響を与える局面も見られるようになった。また、譲渡担保権に基づく物上代位の可否をめぐる議論において見られるように、ただ単に譲渡担保権は実質的に担保であるからというだけでは、所有権が移転されているという形式を十分に説明することはできない。ここは、所有権移転という形式をとる信託法理を譲渡担保法理形成の参考とすべき場面であると言う

べきなのではないか。

また、今後、担保のための信託の利用が進んだ場合、信託法理と譲渡担保法理との間にさらなる影響関係が生じてくることが考えられる。もちろん、それぞれ独立の法理であるのだから影響関係などなくてよいのだという考え方もありうる。しかし、担保設定の方法としてこの両者を選択することができるというのであれば、これらの法理の均質化を行っておかなければ、将来譲渡担保立法がなされた場合に、仮登記担保法制定時に見られたような現象、すなわち立法によって課された制約を逃れるために新たな担保手段に実務が移行してしまう、ここでは担保のための信託設定に移行してしまうということが生じかねない。この点は、フィデューシー契約の有効要件に関する明文規定を定め、税務署への登録を要求しているためにフィデューシーの有効性が厳格に定められているフランスとは事情が異なっており、わが国ではより深刻な問題となり得る。

従来、譲渡担保が実質的に担保であることを理由に民法上の約定担保物権の法理が譲渡担保法理に導入されてきたという流れに鑑みるならば、担保のための信託は担保なのだから譲渡担保法理が信託法理に影響していくという流れができるであろうことは想定しやすい。もっとも、担保のための信託であるからというだけで、一律に譲渡担保法理を全面的に導入するというにはならない。ただ、この反対の流れ、すなわち信託法理が譲渡担保法理に影響を及ぼすということは考えられてもよいのではないか。所有権を移転しているという点では、譲渡担保には抵当権や質権よりもむしろ信託に類似する点もある。それならば信託法理に学ぶべきものはあるはずである。

さらには、信託法理・譲渡担保法理が民法上の約定担保物権の法理に影響を及ぼすことも考えられる。一例として、フランスにおけるように、流担保の許否という問題が考えられるだろう。

本稿は、平成30年度科学研究費補助金・基盤研究（c）による研究成果の一部である。

（なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授）